



Institutional Repository - Research Portal Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche

researchportal.unamur.be

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique

Amory, Bernard; Pouillet, Yves

Published in:
Droit de l'informatique

Publication date:
1985

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Amory, B & Pouillet, Y 1985, 'Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique: approche de droit comparé', *Droit de l'informatique*, Numéro 5, p. 11-21.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique : approche de droit comparé

B. AMORY et Y. POULLET

Les auteurs :

Bernard AMORY est Conseiller Juridique au cabinet Dechert, Price and Rhoads (Bruxelles). Il est également Assistant au Centre de Recherches Informatique et Droit des Facultés Universitaires de Namur.

Yves POULLET est Chargé de Cours à la Faculté de droit de Namur. Il y dirige le Centre de Recherches Informatique et Droit des Facultés Universitaires de Namur.

La présente étude a été développée dans le cadre d'un contrat de recherches conclu entre le Centre de Recherches Informatique et Droit de Namur et la Commission des Communautés Européennes à propos des enjeux juridiques relevés par les nouvelles technologies de la communication.

Sommaire:

INTRODUCTION

CHAPITRE I. LA CRÉDIBILITÉ DES DOCUMENTS D'ORIGINE INFORMATIQUE OU TÉLÉMATIQUE

Section 1. Les risques d'erreurs

Section 2. Les risques de fraudes

CHAPITRE II. L'APPROCHE JURIDIQUE ANGLO-SAXON-

Section 1. La règle de l'oui-dire

a. En droit anglais

b. En droit américain

Section 2. La règle de l'original

a. En droit anglais

b. En droit américain

CHAPITRE III. L'APPROCHE JURIDIQUE CONTINENTALE

Section 1. Les exigences relatives à la conservation des documents

a. Dispositions générales

b. Dispositions particulières

1. Le droit belge

2. Le droit français

3. Le droit hollandais

Section 2. Les exigences relatives à la preuve des transactions

a. Le problème

b. Les exigences légales

1. Le préalable : la distinction acte-fait juridique

2. Le principe

3. Les exceptions au principe et leur application aux contrats télématiques

CHAPITRE IV. VERS DES SOLUTIONS TECHNIQUES

CONCLUSION

1 Le comparatiste, devant un problème donné, a le choix entre deux méthodes. Soit sa lecture est transversale : il cherche à travers les réglementations de différents pays, à identifier les questions essentielles auxquelles toutes les réglementations répondent. Il s'agit d'emblée de comparer des solutions, de souligner leur variété et d'en préciser l'originalité. Soit sa lecture est verticale : le problème analysé n'est pas découpé en multiples questions précises mais envisagé globalement à l'intérieur de différents ordres juridiques, chacun pris séparément. La comparaison ne peut venir qu'a posteriori, c'est à dire à partir de ces approches globales.

Dans la matière qui nous occupe : le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique, la seconde approche a été préférée. Deux raisons contribuaient à ce choix : l'une, historique, notait que si le droit de la preuve anglo-saxon s'était préoccupé de longue date de ces problèmes¹, la plupart de leurs aspects n'avaient pas encore été aperçus jusqu'à présent par notre droit de la preuve. L'autre raison est juridique : il est rare de trouver dans les matières juridiques civiles, des approches aussi différentes que celles développées en matière de preuve. C'est que les solutions en cette matière dépendent de multiples facteurs, en particulier du droit procédural profondément original de chaque pays.

Chapitre I. La crédibilité des documents d'origine informatique et télématique

2 Dans quelle mesure les documents soumis à un traitement informatique et/ou obtenus par voie télématique reflètent-ils fidèlement l'information qu'ils sont supposés contenir? Ces documents sont exposés à deux types de risques : les erreurs et les fraudes.

Section 1. Les risques d'erreurs

3 Les erreurs ont différentes origines : humaine, technique ou externe. Les erreurs qui semblent de loin les plus fréquentes sont les erreurs d'origine humaine.² Elles risquent surtout de se produire lors de l'introduction et de la manipulation des données. Ainsi, dans les transferts électroniques de fonds, en l'absence d'une structure normalisée universelle des messages, des risques d'erreur humaine peuvent exister lors des différents encodages nécessaires à la transmission d'un ordre bancaire.³

Les erreurs d'origine externe sont celles qui sont imputables à l'environnement. Des mauvaises conditions de température ou d'humidité, la présence de poussières, de vibrations, d'électrostaticité ou d'électromagnétisme, des irrégularités dans l'alimentation électrique, etc., sont autant de facteurs qui peuvent être la cause d'une panne, laquelle peut entraîner la déformation ou la suppression des données.

Enfin, on qualifiera l'erreur comme étant d'origine technique, lorsque l'erreur résulte d'un mauvais fonctionnement du logiciel, du matériel ou du système de transmission de données reliant différentes entités informatiques. Grâce aux progrès techniques, les erreurs dues à des défauts du

Droit de l'Informatique 25/11

matériel et du logiciel sont devenues très rares⁴, alors que les défaillances dans les systèmes de communications sont encore fréquentes. Par contre, les premières sont susceptibles d'entraîner des conséquences graves car elles ont souvent un caractère répétitif.

4 De façon générale, on peut estimer que l'informatique et la télématique ont diminué le risque d'erreurs susceptibles de se produire dans la préparation, la conservation et la transmission des données, mais que les conséquences d'une erreur, toujours statistiquement possible, peuvent être plus graves que dans les systèmes traditionnels, vu le grand nombre d'opérations qui peuvent être traitées par une seule machine et dans un temps réduit.⁵

Section 2. Les risques de fraudes

5 La fraude se différencie de l'erreur par son caractère intentionnel.⁶ Elle a donc nécessairement une origine humaine. Contrairement à l'erreur, elle représente un risque très important et est actuellement considérée par le monde informatique comme un problème majeur.⁷ En effet, bien que les estimations soient très difficiles — peu de fraudes sont déclarées — la fraude a été chiffrée à 100 millions de dollars par an aux USA et à 30 millions au Japon.⁸

La fraude peut être le fait des membres du personnel d'une entreprise qui, connaissant le fonctionnement et les clés d'accès au service informatique, s'en servent à des fins personnelles. L'exemple classique est le détournement de fonds par un employé de banque qui programme un ordinateur à cet effet.

Des tiers peuvent également être auteurs de fraudes s'ils réussissent à accéder à un système et à le manipuler, notamment dans les réseaux télématiques où l'emploi de systèmes de communications facilite ces accès frauduleux. Lorsque gratuitement, le fraudeur s'emploie à porter atteinte à des systèmes, par exemple en les paralysant par un encombrement volontaire des lignes, on parlera de sabotage informatique ou télématique.

Une autre forme de fraude est l'utilisation abusive par un titulaire de ses moyens d'accès à un système informatique, ainsi l'utilisation d'un système de transfert électronique de fonds au delà des limites de crédit permises par la banque.

Conclusion

6 Qu'il s'agisse d'erreur ou de fraude, le risque augmente en fonction de la complexité du système que le traitement de la communication d'une donnée nécessite. Cette complexité résulte aussi bien du nombre d'ordinateurs et logiciels utilisés que du type d'opérations effectuées.

Ainsi, les réseaux télématiques sont davantage exposés à ces risques que les systèmes isolés du fait de l'intervention d'un plus grand nombre de personnes, d'ordinateurs, et surtout du fait de la vulnérabilité des liaisons entre ces ordinateurs. De même, une donnée simplement stockée en ordinateur sera moins exposée qu'une donnée à haute valeur ajoutée soumise de ce fait à un traitement plus complexe (exemple : credit scoring).

De ce bref tour d'horizon des risques qui menacent la crédibilité des documents soumis à un traitement informatique ou obtenus par voie télématique, il ne faudrait pas conclure qu'ils sont peu fiables. Au contraire, des mécanismes efficaces de prévention, de détection et de correction des erreurs et de la fraude en diminuent fortement les effets.

Enfin, il faut garder à l'esprit que la valeur d'un document de sortie d'ordinateur sera toujours dépendante de la valeur des données introduites au départ, c'est ce qu'exprime la formule anglaise 'Gigo' : 'Garbage in, Garbage out'.

Chapitre II. L'approche juridique anglo-saxonne

7 Le droit anglo-saxon de la preuve qui se caractérise par la richesse, la précision et la technicité de ses règles connaît deux principes fondamentaux qui semblent constituer des obstacles majeurs à l'admissibilité des documents 'd'origine' informatique et télématique à titre de preuve des informations qu'ils contiennent. Il s'agit, d'une part, de la règle de l'ouï-dire ('Hearsay Rule') et, d'autre part, de la règle de l'original ('Best Evidence Rule').

En vertu de la règle de l'ouï-dire, le témoignage, mode de preuve privilégié en droit anglo-saxon, n'est recevable que s'il émane de celui qui a eu personnellement connaissance des faits qu'il expose. C'est en effet la seule personne qui puisse être valablement soumise à l'examen contradictoire ('Cross-examination'). Appliquée aux écrits, cette règle signifie qu'un document est irrecevable si son auteur n'est pas présent pour témoigner de son contenu devant le tribunal. Or, lorsque des données (par exemple des factures) sont introduites dans un ordinateur, puis présentées sous forme de documents de sortie d'ordinateur, l'information originaire est passée dans plusieurs 'mains' : celles de l'auteur du document original (dans notre exemple : la facture), celles de l'encodeur, qui n'est pas nécessairement la même personne ni même dépendant de ce dernier (cas du service bureau), et enfin, celles de l'ordinateur puisque celui-ci traitant et/ou conservant l'information, est susceptible de la transformer. L'ordinateur ne pouvant, par sa nature, être soumis à l'examen contradictoire, la doctrine⁹ et la jurisprudence¹⁰ ont toujours unanimement considéré les documents de sortie d'ordinateur comme preuve par ouï-dire.

8 En vertu de la règle de l'original, un document n'est, en principe, recevable que s'il est produit dans sa version originale. Or, les documents de sortie d'ordinateur ne sont souvent que la transcription d'un écrit traditionnel (facture, bon de commande, ...) lequel constitue l'original qui est souvent détruit peu après son enregistrement informatique. Même lorsqu'il n'existe pas de document écrit à la base du document de sortie d'ordinateur, ne doit-on pas considérer que l'original est la donnée contenue dans l'ordinateur sous forme magnétique ou électronique et que l'imprimé produit par la machine sur laquelle elle apparaît de façon lisible n'est qu'une transcription et, comme telle, irrecevable devant un tribunal?

Il existe heureusement tant en droit américain qu'en droit anglais, de nombreuses exceptions aux règles de l'original et de l'ouï-dire dont nous allons examiner l'applicabilité aux documents de sortie d'ordinateur.

Section 1. La règle de l'ouï-dire

a. En droit anglais

9 En l'absence d'exception jurisprudentielle à la règle de

l'ouï-dire permettant la recevabilité de documents de sortie d'ordinateur à titre de preuve des informations qu'ils contiennent, le législateur est intervenu en 1968¹¹ et a introduit, en plus de nouvelles dispositions générales relatives à la preuve par ouï-dire, des dispositions spécifiques aux documents de sortie d'ordinateur.

Dans ses dispositions d'application générale, le Civil Evidence Act 1968 permet la recevabilité de l'ouï-dire 'de première main'.¹² Appliquée à l'informatique, cette règle signifie qu'un document de sortie d'ordinateur est recevable si celui qui a introduit les données en avait une connaissance personnelle, ou bien, agissant dans l'exercice de ses fonctions ('duty'), les tenait d'une personne ayant une telle connaissance.¹³ Ces dispositions sont inapplicables lorsque le document de sortie d'ordinateur ne trouve pas son origine dans un document dont une personne a une connaissance directe et personnelle. Tel est le cas d'une opération réalisée à un guichet automatique de banque ou d'un enregistrement par lecture optique. Dans ces circonstances, les conditions prévues par la Section 5 du Civil Evidence Act 1968 se rapportant exclusivement à la recevabilité de la preuve par document informatique sont d'application.

10 En vertu de ces conditions, un document de sortie d'ordinateur sera admissible à titre de preuve si :

- il émane d'un ordinateur utilisé régulièrement pour les activités normales de son utilisateur;
- l'ordinateur est régulièrement alimenté avec des données du même genre que celles qui sont contenues dans le document présenté;
- l'ordinateur fonctionnait convenablement au moment du transfert des données;
- les informations contenues dans le document reproduisent ou dérivent des données fournies à l'ordinateur.

En vertu du § 4 de la Section 5, un certificat identifiant le document, décrivant la manière et le matériel avec lesquels il a été produit ainsi que toute autre information utile au regard des conditions figurant à l'al. 2, doit être déposé auprès du tribunal après avoir été signé par une personne responsable.¹⁴

Si le document répond à ces conditions, il est déclaré recevable et il appartient alors au tribunal d'en apprécier la force probante en tenant compte de toutes circonstances utiles et notamment le degré de simultanéité entre le moment de la survenance d'un fait et celui de son enregistrement informatique ainsi que l'intérêt éventuel des personnes impliquées, à modifier les données.

11 Ces dispositions ont fait l'objet de vives critiques¹⁵ portant sur les définitions qu'elles contiennent et les conditions de recevabilité qu'elles établissent. Ainsi la définition donnée de l'ordinateur se limite à ses aspects matériels et il n'est nulle part fait mention du logiciel. Il en résulte que l'exigence du fonctionnement ne porte pas sur les programmes qui peuvent pourtant être source d'erreurs.¹⁶ On reproche également au Civil Evidence Act 1968 de ne prévoir aucune condition visant à vérifier l'authenticité des données de base qui ont fait l'objet d'un traitement informatique. Or, si celles-ci sont fausses, le document de sortie d'ordinateur le sera aussi comme l'indique la formule 'Garbage in, Garbage out'.

b. En droit américain

12 La règle interdisant la preuve par ouï-dire connaît aux

Etats-Unis une exception d'origine jurisprudentielle dénommée 'Business Records Exception' qui a été introduite dans la législation fédérale¹⁷ et adoptée sans modification substantielle par une majorité des états américains. Cette exception prévoit que les données commerciales¹⁸ ('Business Records') sont recevables à titre de preuve sans témoignage de leur auteur si les opérations qu'elles révèlent ont été réalisées dans le cours normal et régulier des affaires et enregistrées dans les mêmes circonstances au moment, ou peu après, leur réalisation.¹⁹

Ces conditions de recevabilité étant basées sur les circonstances qui entourent l'enregistrement des données et non sur leur forme, la jurisprudence a pu recourir à la 'Business Records Exception' pour admettre la recevabilité des documents de sortie d'ordinateur.

13 Des objections pouvaient cependant être soulevées : les données sont souvent conservées uniquement sous forme magnétique ou électronique et ne sont imprimées sur un document lisible par l'homme que si cela s'avère nécessaire (par exemple à l'occasion d'une contestation) et ce, souvent longtemps après leur enregistrement. Il en résulte que l'on pourrait prétendre que ni la condition de régularité, ni celle de simultanéité ne sont, au sens strict de la loi, remplies. Ces arguments ont été rejetés dans une importante décision de la Cour Suprême du Nebraska²⁰, à l'origine d'une abondante jurisprudence²¹ dans le même sens. L'arrêt de la Cour Suprême affirme que la 'Business Records Exception' doit être interprétée de façon extensive car elle est destinée 'à faire entrer dans les salles d'audiences les réalités du monde des affaires et des pratiques professionnelles'. Elle ajoute que les conditions de régularité et de simultanéité ne doivent pas être appréciées au moment de l'impression des documents de sortie d'ordinateur, mais au moment de l'introduction des données dans l'ordinateur. Conformément à la 'Business Records Exception', les documents seront recevables sans le témoignage personnel de leur auteur. Ils pourront être présentés par la personne responsable du service informatique ou par tout employé de l'entreprise qui est au courant des systèmes d'enregistrement, de traitement et de conservation des données. Celui-ci exposera devant le tribunal les procédures d'introduction des données, les procédés de détection et de correction des erreurs, la fiabilité du système, la régularité de fonctionnement, etc. Au début, il était exigé que l'ordinateur utilisé soit un équipement standard. Cette condition a été supprimée. Elle constituait un frein au développement technologique.

14 La grande souplesse de la 'Business Records Exception' ne nécessitait donc pas d'intervention législative pour autoriser la recevabilité des documents de sortie d'ordinateur. Le législateur fédéral néanmoins a adopté une nouvelle formulation des 'Federal Rules of Evidence'²² et stipulé que l'exception s'applique aux données 'quel que soit leur mode de conservation', ce qui inclut, d'après les commentaires officiels²³, les données conservées par ordinateur.

En ce qu'elle confirme une jurisprudence déjà solidement établie, la disposition n'était pas vraiment nécessaire. Elle pourrait cependant trouver son utilité lorsque de nouvelles techniques de traitement et de conservation des données seront découvertes.

Section 2. La règle de l'original

a. En droit anglais

15 La production d'une copie comme preuve du contenu de son original est permise si la partie qui s'en prévaut établit qu'elle n'a pu se procurer l'original.²⁴ Grâce à ses termes très généraux, cette exception permet de lever les obstacles créés par la 'Best Evidence Rule' à la recevabilité par les tribunaux des documents de sortie d'ordinateur. Il suffit en effet d'établir que les originaux à la base de ceux-ci ont été détruits dans le cours normal des affaires ou n'ont jamais existé pour que leur indisponibilité soit établie. L'argument selon lequel l'original est le document sous sa forme magnétique ou électronique tel qu'il figure dans l'ordinateur et non l'imprimé de sortie d'ordinateur nous paraît insoutenable. En effet, seule cette dernière forme est lisible par l'homme et donc présentable devant un tribunal.²⁵ Le Civil Evidence Act de 1968 (Section 5) va plus loin en prévoyant que la copie d'un document de sortie d'ordinateur (par exemple sur microfilm) est admissible si sa conformité est suffisamment établie aux yeux du tribunal. Les critères de conformité ne sont pas définis dans la loi et la jurisprudence, à notre connaissance, n'a pas encore précisé cette disposition.

b. En droit américain

16 Comme en droit anglais, la preuve de l'indisponibilité de l'original permet la recevabilité de sa copie. Cette notion d'indisponibilité a été interprétée très largement en matière informatique.²⁶

Une autre exception peut être utilisée, la 'Voluminous Writings Exception' en vertu de laquelle un résumé (éventuellement sous forme de document informatique²⁷) est recevable en lieu et place des originaux lorsque ceux-ci sont trop complexes ou volumineux pour être utilement présentés au juge et dans la mesure où la partie adverse a pu examiner ces originaux, ce qui suppose qu'ils n'aient pas été détruits.

Chapitre III. L'approche juridique continentale

17 En droit continental, le problème étudié ne se pose pas comme en droit anglo-saxon en termes de recevabilité devant les Cours et Tribunaux, mais en termes de respect des exigences légales relatives, d'une part, à la conservation des documents et, d'autre part, à la conclusion des transactions. Les techniques d'enregistrement des informations sur ordinateur avec destruction des originaux sont-elles valables du point de vue du droit de la preuve et, si oui, à quelles conditions? Les transactions qui peuvent aujourd'hui se réaliser par le biais d'ordinateurs (dites transactions 'télématiques') répondent-elles aux exigences légales de la preuve des actes juridiques? Nous examinerons ces questions en droit français et belge avec quelques références au droit hollandais.

Section 1 Les exigences relatives à la conservation des documents

a. Dispositions générales

18 L'enregistrement sur support informatique de données provenant d'écrits traditionnels et la transcription de ces impulsions magnétiques ou électroniques sur des documents de sortie d'ordinateur (imprimés ou microfilms COM²⁸) constituent incontestablement des copies.

L'art. 1334 du Code Civil prescrit que les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre dont la représentation peut toujours être exigée. Leur valeur légale est donc, en principe extrêmement précaire²⁹, encore qu'en matière commerciale, les juges ont tendance à leur reconnaître presque la même valeur qu'à l'original. Toutefois, vu leur caractère nouveau, les copies sur document de sortie d'ordinateur pourraient ne pas inspirer la même confiance que les copies réalisées au moyen de procédés traditionnels (photocopies, par exemple).

19 Telle est encore la situation en droit belge alors que le législateur français a modifié en 1980³⁰ plusieurs dispositions du Code Civil relatives à la preuve. Le nouvel art. 1348 al. 2 du Code Civil français accorde en effet à certaines copies une valeur probante supérieure à celle prévue à l'art. 1334 du Code Civil: lorsque l'original n'existe plus, une copie 'fidèle et durable' le remplace valablement. Il est précisé qu'"est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support". Le critère de la fidélité est plus difficile à remplir: "en effet, comment peut-on juger de la fidélité d'une copie par rapport à un original, lorsque cet original a lui-même disparu?"³¹ Les documents d'origine informatique sont particulièrement exposés à des manipulations qui ne laissent pas de trace... Ils risquent donc souvent de ne pas répondre au critère de la fidélité énoncé par le nouvel art. 1348 du Code Civil français. Pour satisfaire à cette condition légale, la norme AFNOR Z 43061 établit des conditions de réalisation des microfilms destinés à être substitués aux documents originaux. Le respect de ce genre de dispositions exige malheureusement à l'heure actuelle l'usage d'appareillages sophistiqués³² et coûteux, dont peu d'entreprises peuvent se permettre l'acquisition.

Aux Pays-Bas, le projet de réforme du droit de la preuve reconnaît aux copies des actes authentiques conservées en conformité avec les dispositions légales et réalisées par des fonctionnaires compétents, la même force probante qu'aux actes originaux.^{32bis}

b. Dispositions particulières

20 En plus des exigences générales du Code Civil relatives à la valeur probante des documents d'origine informatique, il existe dans certaines matières, notamment en droit fiscal comptable et social, des exigences particulières quant à la tenue et à la conservation de certains documents.

1. LE DROIT BELGE

21 Du point de vue du *droit comptable*³³, la législation belge n'empêche pas la tenue des livres comptables sous forme de documents d'origine informatique, pour autant que ceux-ci répondent aux différentes exigences de la loi comptable³⁴, notamment celle de l'intelligibilité directe et

de l'inaltérabilité. La première sera respectée si les documents d'origine informatique sont imprimés sous une forme directement lisible par l'homme (par exemple, des listings), la seconde en apposant une signature qui chevauche la page du livre servant de support et le document de sortie

d'ordinateur collé sur celui-ci.³⁵

Les pièces justificatives de la comptabilité qui doivent en principe être conservées pendant 10 ans³⁶ peuvent l'être en original ou en copie, notamment sous forme de microfilm ou tout autre support analogue.³⁷

22 En droit fiscal, la tenue d'une comptabilité au moyen d'un ordinateur pourra servir de base à la décision de l'administration fiscale même si les exigences du droit comptable (voir ci-dessus) n'ont pas été observées.³⁸ La conservation des pièces justificatives vis-à-vis des autorités fiscales pendant cinq ans porte, en principe, sur les documents originaux, bien qu'une tolérance administrative permette, à certaines conditions, une conservation sous forme de microfilms, y compris microfilms COM.³⁹

23 Enfin, sur le plan du droit social, il a été précisé⁴⁰ que l'article 24 de l'Arrêté Royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux permet à l'employeur de conserver les documents sociaux sous une autre forme que l'original pour autant qu'ils soient bien lisibles et que la forme de reproduction utilisée permette un contrôle efficace.

2. LE DROIT FRANÇAIS

24 Les articles 1 et 2 du décret du 29 novembre 1983 (décret n° 83.1020, J.O., 1er décembre 1983) pris en application de la loi du 30 avril 1983 relative à la mise en harmonie des obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés (loi n° 83.353, J.O., 3 mai 1983)⁴¹ prescrivent que :

Article 1 : 'Un document décrivant les procédures et l'organisation comptable est établi par le commerçant dès lors que ce document est nécessaire à la compréhension du système de traitement et à la réalisation des contrôles.

Ce document est conservé aussi longtemps qu'est exigée la présentation des documents comptables auxquels il se rapporte'.

Article 2 : 'Tout commerçant tient obligatoirement un livre-journal et un livre d'inventaire. Le livre-journal et le livre d'inventaire sont cotés et paraphés dans la forme ordinaire et sans frais, par le greffier du tribunal de commerce ou, le cas échéant, du tribunal de grande instance statuant en matière commerciale, au registre duquel le commerçant est immatriculé. Chaque livre reçoit un numéro d'identification répertorié par le greffier sur un registre spécial.

Par dérogation à l'alinéa précédent, des documents informatiques écrits pouvant tenir lieu de livre-journal et de livre d'inventaire : dans ce cas, ils doivent être identifiés, numérotés et datés dès leur établissement par des moyens offrant toute garantie en matière de preuve'.

Le premier des articles oblige les entreprises à décrire de façon détaillée et mise à jour le système de traitement des données, les méthodes d'analyse et de programmation ainsi que les procédures d'enregistrement et de tenue des comptes.⁴²

Le second article exige à la fois des 'documents informatiques écrits', ce qui 'exclut a priori tout support magnétique et disques optiques'⁴³ et des 'garanties de séquentialité et d'irréversibilité'.⁴⁴ Cette dernière exigence signifie non seulement que les listings écrits seront cotés, datés et leur

contenu, identifié mais également que l'entreprise doit être en mesure de prouver l'absence d'altérations ou de modifications non décelables entre le premier enregistrement et la sortie sur le listing final. 'On peut imaginer, pour respecter ces obligations, l'impression sur des listings cotés et paraphés, l'utilisation d'imprimantes dédiées et scellées appo-

sant un numéro d'ordre, une authentification des enregistrements comptables au moyen de codes images ou de procédures de chiffrement, etc.'⁴⁵

25 Sur le plan fiscal, le législateur a étendu les pouvoirs d'investigation de l'administration en lui permettant d'examiner non seulement la comptabilité des entreprises mais aussi les systèmes informatiques qui ont contribué à sa réalisation. En effet, le nouvel article 54 du Code général des impôts⁴⁶ prévoit que : 'si la comptabilité est établie au moyen de systèmes informatisés, le contrôle s'étend à la documentation relative aux analyses, à la programmation et à l'exécution des traitements. Afin de s'assurer de la fiabilité des procédures de traitement automatisé de la comptabilité, les agents des impôts peuvent procéder à des tests de contrôle sur le matériel utilisé par l'entreprise dont les conditions seront définies par décret'.⁴⁷

26 Enfin, la législation sociale permet l'usage de microfilms pour la conservation des renseignements relatifs aux bulletins de paie, moyennant certaines conditions permettant notamment de faciliter leur consultation par les services de contrôle.⁴⁸

3. LE DROIT HOLLANDAIS^{49bis}

27 En vertu de l'article 6 du Wetboek van Koophandel, toute entreprise est tenue de conserver ses livres comptables et les pièces y relatives pendant 10 ans. Les auteurs admettent généralement que ces pièces peuvent être conservées sous forme de copies et notamment de microfilms sauf pour les documents reçus de l'extérieur par l'entreprise qui, selon certains auteurs, doivent être conservés en original. En matière fiscale, une obligation de conservation des pièces justificatives pendant 10 ans est établie par l'article 54 du Algemene wet Rijksbelastingen. Cependant une Résolution du Ministre des Finances^{48ter} permet le microfilmage après 2 ans moyennant autorisation de l'Administration et respect de la procédure d'enregistrement et des conditions de conservation qu'elle établit.

Section 2. Les exigences relatives à la preuve des transactions⁴⁹

a. Le problème

28 La combinaison des ordinateurs et des télécommunications (combinaison connue sous le nom de 'télématique') permet la réalisation à distance de certaines opérations comme des transferts électroniques de fonds, des commandes de biens de consommation ou des consultations de banques de données.

Si l'avantage de la télématique est la rapidité accrue dans la conclusion du contrat, son inconvénient est la fugacité. Les mentions apparaissent et disparaissent à l'écran, rendant problématique la constitution d'une trace de ce qui s'est échangé.

Par ailleurs, même si l'on parvient à établir l'existence et le

contenu d'un contrat, l'identité des parties à ce contrat n'est pas certaine pour autant. L'identification du terminal ne permet pas de 'remonter' à l'identité de la personne qui opère la transaction. Même un mot de passe ou un code secret n'identifie que l'abonné au réseau, mais pas la personne qui effectue l'opération.⁵⁰

29 Ainsi, la preuve de la transaction pose trois questions différentes⁵¹ :

1. la preuve de l'existence d'un contrat : l'hypothèse de contestation la plus radicale est en effet celle où, le principe même du contrat étant remis en cause, il incombe à la partie qui s'en prévaut de montrer qu'il a bien été conclu;
2. la preuve du contenu du contrat : l'existence n'en n'est pas contestée mais certaines dispositions (exemple : délai de livraison, modalités de paiement du prix, etc.);
3. la preuve de l'identité des parties à ce contrat.

Ces questions sont étudiées ci-dessous simultanément en droit belge et en droit français. Les dispositions particulières à l'un des deux droits sont mentionnées.

En droit hollandais la situation est actuellement très semblable à celle du droit belge. Toutefois le projet de réforme du droit de la preuve en matière civile prévoit que la preuve peut être rapportée par tous moyens et qu'il appartient au juge de déterminer la force probante des moyens qui lui sont présentés.^{51bis}

b. Les exigences légales

1. LE PRÉALABLE : LA DISTINCTION ACTE - FAIT JURIDIQUE

30 Le droit civil distingue nettement la preuve des actes juridiques de celle des faits juridiques. La distinction entre les deux notions n'est pas chose facile.⁵² 'C'est que le fait juridique est un fait social, un fait de l'homme. Le 'je pense donc je suis' conduit à dire que le fait juridique étant lié à l'individu, l'est par lui-même à sa volonté. Toutefois, et c'est là que réside l'opposition à l'acte juridique, les conséquences de droit du fait juridique sont indépendantes de la volonté de l'auteur ... Une caractéristique du fait juridique est de laisser indéterminée la portée exacte de ses effets'.⁵³ Si la distinction 'acte-fait juridique' n'est pas chose aisée, la conséquence en ce qui concerne le régime de la preuve est importante. Le fait juridique peut être prouvé par tous les moyens de droit : présomptions, témoignages, aveu, etc. Par contre, en matière d'acte juridique, le code impose, en principe, l'obligation de rédiger un écrit signé à titre probatoire.

Cette exigence a été réaffirmée à de nombreuses reprises.⁵⁴ En particulier, les juges⁵⁵ ont refusé de prendre en considération comme écrit les échanges de correspondances par télécopieur au motif que l'original composé à distance n'est pas signé et ne peut donc être considéré comme un acte sous seing privé.

2. LE PRINCIPE

31 L'article 1341 du Code Civil pose le principe de l'exigence d'un écrit (acte authentique ou sous seing privé) pour tout acte juridique.

L'application de ce principe aux contrats conclus par la télématique amène à s'interroger sur la valeur probante de ces transactions : les conventions passées par les réseaux télématiques se dématérialisent; la signature écrite, expres-

sion de la personnalité d'un individu et de son adhésion au contenu d'un acte⁵⁶ disparaît.

Les traces éventuelles de la transaction gardée sur support magnétique ou électronique ne peuvent donc, apparemment du moins, avoir valeur probatoire ni servir à l'établissement de la vérité judiciaire. Cette conclusion un peu rapide doit être nuancée.

3. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE ET LEUR APPLICATION AUX CONTRATS TÉLÉMATIQUES

32 Elles sont nombreuses. Ainsi,

— lorsque l'existence de l'acte n'est pas contestée mais bien son contenu, la jurisprudence française admet que restriction à l'admissibilité des modes de preuve ne joue pas⁵⁷;

— les transactions relatives à de petits montants (jusqu'à 5.000 F.F. et 3.000 F.B.), peuvent être prouvées par tout moyen de droit. Ce sera souvent le cas pour les opérations réalisées à des guichets automatiques de banques et terminaux points de vente⁵⁸, ainsi que pour les consultations de banques de données;

— l'art. 1341 du C.C. s'applique quand la matière, c'est-à-dire l'acte, relève du droit civil (art. 1341, al. 2). En matière commerciale, la preuve est libre et tous les modes de preuve sont recevables sous le contrôle du juge.⁵⁹ L'exigence d'une preuve écrite se fera donc moins sentir dans la télématique professionnelle que dans la télématique grand public puisque la première met souvent en relation de commerçants tandis que la seconde, dans la plupart des hypothèses, rend possible, à distance, un contrat entre un commerçant et un non-commerçant. L'acte est alors 'mixte' et c'est la qualité du défendeur qui est déterminante quant au droit de la preuve.

33 Ensuite, selon de nombreux auteurs⁶⁰, l'article 1341 C.C. n'est ni une disposition impérative, ni une disposition d'ordre public. Ainsi, il serait possible de déroger à la règle de l'écrit dans une convention relative à la preuve précisant que les opérations juridiques passées sur le réseau peuvent être prouvées par toutes voies de droit.

Cette convention pourrait revêtir la forme d'un règlement général applicable à l'ensemble des opérations qui seront passées par le service télématique, ainsi, le règlement général — et en particulier la clause relative à la preuve — émanant du serveur lui-même devra être portée à la connaissance de l'utilisateur.

Une convention relative à la preuve se conçoit facilement en cas de conventions conclues par écrit en dehors de la télématique et exécutées par celle-ci, ainsi un contrat d'abonnement à un serveur d'informations financières. En vrai dire, la qualification de ce type de convention comme contrat de location unique et non comme une succession de contrats, de services d'information, permet de résoudre aisément le problème de la preuve. En effet, la convention écrite par laquelle un serveur-producteur s'engage à transmettre des données financières à l'utilisateur peut s'analyser de deux façons. S'agit-il d'une convention-cadre suivie lors de chaque demande particulière, de conventions d'application ou s'agit-il d'une convention unique, sur laquelle se fondent les demandes d'informations ultérieures, les réponses à celles-ci constituant autant de faits d'exécution de cette unique convention?

S'il n'y a pas de clause relative à la preuve dans la convention-cadre et que l'on adopte la première conception, de

problèmes de preuve risquent de se poser. Par contre, si l'on retient la seconde conception, l'existence d'une clause relative aux modes de preuve ne change guère la solution applicable, puisque l'exécution d'une convention serait de toute façon un fait juridique⁶¹ dont la preuve peut se faire par tous moyens de droit.

34 Enfin, l'art. 1341 C.C. ne s'applique pas davantage lorsqu'il n'a pas été possible à celui qui invoque le fait de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui (art. 1348 C.C.) ou lorsque il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C.C.). Selon certains auteurs, l'utilisation de systèmes informatiques ou de réseaux télématiques, du moins dans ses applications grand-public, constituerait l'exception prévue à l'art. 1348 C.C. et même à l'art. 1347 C.C.⁶² Cette interprétation s'accorde en tous cas avec la conception extensive, en jurisprudence, de l'impossibilité de se réserver une preuve écrite.⁶³

On sait que la loi française récente du 12 juillet 1980 a entériné cette évolution jurisprudentielle en prévoyant la dispense d'écrit au cas où il y a 'impossibilité matérielle' de se procurer un tel écrit. Comme le note F. CHAMOUX⁶⁴, 'il sera relativement facile au juge de considérer qu'il y a eu impossibilité de rédiger un écrit, chaque fois qu'il se trouvera en face d'un procédé de transmission de données dématérialisées'.

Il ressort de cette analyse de la portée de l'article 1341 du Code Civil que le principe même de l'écrit signé (instrumentum) requis pour faire preuve d'un acte juridique souffre de larges exceptions qui le rendent finalement très rarement applicable dans les transactions télématiques.⁶⁵

Chapitre IV. Vers des solutions techniques

35 On s'aperçoit que les exceptions légales et jurisprudentielles aux principes séculaires qui régissent le droit de la preuve dans le système anglo-saxon, permettent dans la plupart des cas la recevabilité des documents d'origine informatique. On constate aussi que les exigences du droit des pays continentaux étudiés, admettent très souvent les procédés modernes, informatiques ou télématiques, de conservation de documents et de conclusion des transactions.

Mais les problèmes n'en sont pas pour autant résolus. En effet, si un document est déclaré recevable par un tribunal, si un contractant peut se prévaloir d'une transaction télématique sans écrit signé, il n'en reste pas moins qu'il faudra convaincre le juge de la fiabilité de tels documents. Ainsi qu'il en ressort des propos d'un juge américain, ce ne sera pas toujours chose facile :

'Ayant comme beaucoup d'autres citoyens reçu des factures informatisées pour des montants payés depuis longtemps, je ne suis pas prêt à accepter le produit d'un ordinateur comme la Bible.'⁶⁶

C'est à propos des transactions télématiques que ces difficultés se manifesteront avec le plus d'acuité. On ne procédera pas ici à une analyse des modes techniques d'administration de la preuve.⁶⁷ On citera seulement quelques techni-

ques susceptibles de fournir une solution aux problèmes de la preuve aux trois niveaux où ils se posent.⁶⁸

36 Preuve de l'existence de la convention

Des terminaux de facsimilé fonctionnent actuellement en réception et en mode local (copie).

Il serait possible de les utiliser pour démontrer qu'un appa a été reçu à une date et à une heure déterminées. On pourrait aussi imaginer que le terminal soit muni d'un imprimante travaillant en caractères différents suivant qu le message émane ou non de l'abonné. Mais il s'agit d'une solution coûteuse.

37 Preuve de l'identité des parties

Il a déjà été souligné que l'utilisation d'un code secret (c d'un numéro d'abonnement) ne permet d'identifier qu l'abonné ou le titulaire des moyens d'accès mais pas personne physique qui conclut la transaction.

Il faudrait donc imaginer des techniques permettant c reconnaître à distance une caractéristique physique de l'ir dividu.⁶⁹ Ces techniques seraient particulièrement utile dans le domaine du vidéotex (et des mouvements électron ques de fonds).

La reconnaissance dynamique de la signature, des empreir tes digitales ou vocales sont des méthodes envisageable mais encore à l'état de recherche ou de prototype.

On pourrait songer également à l'adoption d'un systèm cryptographique à clé publique, 'il deviendrait technique ment possible de "signer" l'information d'une manière qu soit aussi convaincante pour les parties qu'une signatur traditionnelle sur un document de papier'.⁷⁰ L'intérêt de c système serait d'établir à la fois une preuve de l'identité de parties et du contenu de la convention.

38 Preuve du contenu de la convention

Quel que soit le type de contrat télématique envisagé, il peu être intéressant en cas de contestation d'établir le contenu de la convention (exemple : prix, quantités demandées, ... ou le contenu d'une prestation issue de celle-ci (exemple information transmise par vidéotex).

Deux problèmes se posent.⁷¹

Il s'agit de prouver que le contenu de la transaction n'a pas été modifié par le destinataire et qu'il n'a pas été modifié au cours de la transmission.

Il ne semble pas qu'il existe, à part les procédures de chiffrement à clé⁷², de méthode opérationnelle en ce domaine.

Peut-être une impression en caractères différenciés du type telex pourrait-elle fournir une trace du message transmis. Mais la fiabilité de cette trace n'est pas absolue. La force de la présomption qui s'y attache(rail) est dès lors relative d'autant plus qu'on peut difficilement lui reconnaître la qualité de preuve contradictoire.

39 Le coût et le contenu de la plupart des différentes solutions techniques que nous venons d'évoquer supposent qu'aussi bien le fournisseur de services télématiques que leurs utilisateurs disposent de moyens financiers et techniques leur permettant d'implémenter de telles solutions. Lorsque les services télématiques sont offerts à des utilisateurs ne disposant pas de telles ressources, ainsi en matière de télématique grand-public, ne faut-il pas prévoir des solutions législatives, dont l'objectif serait, à la fois, la protection des intérêts des consommateurs face à une technique contractuelle aussi séduisante que facile et de poser des exigen-

ces quant à la sécurité des procédures d'enregistrement des messages émis par l'utilisateur.

Ainsi, il est évident que le procédé de l'écrit confirmatif de la commande a pu être utilement imposé par le code anglais AVIP⁷³, en matière de contrats conclus par la télématique mais exécutés au dehors, dans le cadre de l'expérience PRESTEL.⁷⁴ Il s'agit d'une mesure spécifique de protection des consommateurs, mesure lourde, il faut bien le reconnaître, pour les gestionnaires de systèmes. D'un point de vue juridique, il reste à s'interroger sur la nature de cet écrit, simple écrit probatoire ou condition d'existence du contrat? Le système américain proposé par l'Electronic Fund Transfer Act⁷⁵ mérite également d'être cité. En cas de litige entre une banque et un utilisateur, il instaure une procédure caractérisée par le renversement de la charge de la preuve. C'est à la banque de démontrer que la fiabilité et la sécurité de son système garantissent avec une quasi certitude l'absence d'erreurs lors de l'enregistrement de transactions par voie télématique.⁷⁶ Ainsi, il faut bien reconnaître avec D. SYX⁷⁷, qu'après quatre années d'expérience, certains systèmes (en l'occurrence, les systèmes belges de guichets automatiques et terminaux points de vente) se sont révélés très fiables et que les supports qu'ils produisent (la bande journal) 'présentent des caractéristiques telles qu'ils joueront toujours un rôle déterminant dans l'administration et dans l'appréciation de la preuve par le juge au sein d'un litige'.

Ce sera donc aux gestionnaires des systèmes par lesquels se concluent des transactions et s'en conservent la trace, de démontrer la crédibilité des moyens de preuve qu'eux-mêmes ont produit. Car c'est bien là que réside le malaise des juristes : celui-là même contre lequel une contestation s'élève est détenteur des seuls arguments qui pourraient étayer la contestation de l'utilisateur.

40 A cet égard, la carte à mémoire lancée par certains fournisseurs et expérimentée dans différents endroits est-elle la solution? La carte à mémoire détenue par l'utilisateur d'un système lui offre le moyen de conserver une trace de toutes les transactions qu'il a opérées. 'Ces informations restent en sa possession'.⁷⁸ Bref, ce n'est plus le seul gestionnaire du système qui, unilatéralement, détient le moyen de preuve. La carte à mémoire fournirait en effet un moyen de preuve contradictoire conservé par l'utilisateur. Avec DELAHAIE et GRISSONANCHE, on notera cependant que rien n'exclut qu'une erreur effectuée au moment de la transaction soit inscrite à l'identique dans la carte et qu'en définitive, 'c'est (toujours) le gestionnaire du réseau qui garde techniquement la maîtrise de toutes les opérations inscrites sur les différents supports, y compris sur les cartes à mémoire'.⁷⁹

Conclusion

Selon René DAVID⁸⁰, ce sont les règles de procédure qui fondamentalement justifient les approches profondément originales suivies, d'une part, par le droit continental, d'autre part, par le droit anglo-saxon. C'est ce fait qui nous a conduits à envisager séparément la recevabilité des documents informatisés comme moyen de preuve, dans l'un puis l'autre régime juridique.

Des similitudes nous frappent même si un fossé sépare encore les deux raisonnements. Le droit est bien forcé de reconnaître le fait de l'informatisation. Il le fait dans les ordres juridiques d'abord par l'élargissement de certaines exceptions. Dans la Common Law, 'le problème fondamental tient à la règle qui interdit la preuve par ouï-dire'. Dans nos droits civils continentaux, l'obstacle est l'exigence de l'écrit.

A ce travail jurisprudentiel succède l'œuvre législative : des questions techniques ne peuvent être résolues ; les magistrats exigent la consécration de règles ; ainsi, l'Evidence Act anglais de 1968 mais également la loi française du 12 juillet 1980 sans parler des réglementations fiscales et comptables plus spécialisées posent certains problèmes quant à la recevabilité par les tribunaux des documents informatiques'.

On notera que ces principes législatifs doivent être énoncés de façon suffisamment générale et souple de façon à pouvoir faire place à l'évolution des techniques. Pour l'application de ces principes, le droit préfère agir par le biais de 'recommandations', de 'normes' plus facilement modifiables et contraignantes. Il s'agit d'éviter le plus possible de définitions et les concepts légaux à un état de la technique et de laisser à des institutions plus spécialisées l'œuvre ouverte aux praticiens et conscientes des nécessités contraintes de la technique, d'une part, des affaires, d'autre part, le soin de traduire les concepts volontairement retenus de la législation.

Au delà de ces réglementations et 'quasi réglementations' nationales, se dessine également un mouvement vers une réglementation internationale. C'est que l'économie internationale est internationale. 'Il est donc urgent de passer de dispositions à l'échelon international en vue d'élaborer des règles concernant l'acceptation juridique des documents commerciaux transmises par télécommunication', a déclaré le secrétaire général de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.⁸² Les règles relatives à la recevabilité des documents informatisés, les règles relatives à la signature, ne peuvent être différentes d'un pays à l'autre dans un domaine où les frontières n'existent plus et où la donnée signée et transmise électroniquement doit pouvoir être reconnue en tous lieux et à tout moment. Comme le note le secrétaire général de la CNUDCI :

'Devenue la nécessité de s'adapter à l'emploi généralisé des ordinateurs à des fins commerciales et administratives, de nombreux pays ont modifié leur législation pertinente de façon à permettre cet emploi et à accepter comme moyen de preuve les documents enregistrés par ordinateurs ou supports de mémoire, pourvu qu'ils répondent à certains critères. La disparité des critères ainsi utilisés pour décider de leur valeur juridique, même que le refus d'autres Etats de leur reconnaître une valeur, posent de graves problèmes quand des documents enregistrés dans un Etat doivent servir de preuve dans un autre.'

Ainsi, nous étions partis, juristes classiques, du constat de l'originalité de chaque droit national de la preuve et de l'existence d'une économie internationale fondée sur les flux transfrontières d'informations nous contrainant à élaborer un droit international de la preuve informatique. A nous, juristes, de relever ce défi, non en nous sacrifiant à la technique toujours changeante mais en approfondissant nos concepts : Qu'est-ce qu'une signature? Quelle est la finalité de la preuve en droit? Quelle est l'essence de la distinction acte — fait juridique?

NOTES

1. Le lecteur s'apercevra que les premiers écrits doctrinaux en la matière datent, en droit anglo-saxon, de la fin des années soixante; en droit français, de 1979 (thèse de Mme CHAMOUX).

2. Voir DEHETRE, J.D., *Data Processing Evidence, Is it Different?*, *Chic. Kent Law Rev.* 1975, 570; FENWICK, W.A. et DAVIDSON, G.K., *Use of Computerized Records as Evidence*, *Jurimetrics Journal* 1975, 21; REESE, R., *Admissibility of Computer Kept Business Records*, *Cornell Law Review* 1969-70, 1036; SPROWL, J.A., *Evaluating the Credibility of Computer Generated Evidence*, *Chic. Kent Law Review* 1975, 543.

3. Voir à ce sujet l'effort réalisé par l'Organisation Internationale de Normalisation (ISO) cf. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Doc. A/CN.9/250/Add 4, 11 et s.

4. Voir Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Doc. A/CN.9/ 250/Add. 4, 10.

5. *Ibidem*, p. 11.

6. Pour une typologie de la fraude informatique, voir SIEBER, U., *Gefahr und Abwehr der Computer Kriminalität*, *Betriebsberater*, 30 août 1982.

7. PARKER, D.B., *Combattre la criminalité informatique*, OROS, Paris 1985 (à paraître) et COMER, M., *How to prevent Computer Fraud*, *Asian Banking* 1982, 35-37.

8. BRIAT, M., *La fraude informatique*, *L'observateur de l'OCDE*, mars 1984, 36 à 38.

9. BENDER, D., *Computer Law: Evidence and Procedure*, M. Bender ed., 1978; FENWICK, W.A. et DAVIDSON, G.K., o.c. (note 2); LACEY, F.B., *Scientific Evidence*, *Jurimetrics Journal* 1984, 254-272; MILLS, L.E., LINCOLN, K.J. et LAUGHEAD, C.E., *Computer output, its Admissibility into Evidence*, *Law and Computer Technology* 1970, 14-21; REESE, R., o.c. (note 2); ROBERTS, J.J., *A Practitioner's Primer on Computer Generated Evidence*, *The University of Chicago Law Rev.* 1974, 254-280; SMITH, N.E., *Evidence Admissibility of Computer Business Records, an Exception to the Hearsay Rule*, *North Carolina Law Rev.* 1969-70, 687-697; TAPPER, C., *Evidence from Computers*, *Georgia Law Review* 1974, 562-613; WALLACE, R.P., *Computer Printouts of Business Records and their Admissibility in New-York*, *Albany Law Rev.* 1967, 61-73; Note, *Appropriate Foundation Requirements for Admitting Computer Printouts into Evidence*, *Washington University Law Quarterly* 1977, 59-93.

10. Cf. en droit américain notamment, *Transport Indemnity Co v. Seib*, 178 Neb. 253, 132, N.W. 2d 871 (1965); *United States v. De Georgia*, 420 F. 2d 889 (9th Cir. 1969); *King v. State ex rel. Murdock Acceptance Corp.* 222, SO 2d, 393 (Miss 1969); et en droit anglais: *Meyers v. Director of Public Prosecutions*, (1965), A.C., 1001; *Regina v. Pittgrew* (1980) 71 G. App. R., 39 et *Regina v. Ewing*, (1983), *The Weekly Law Report*, vol. 3,1.

11. Civil Evidence Act, 1968, *Halsbury's Statutes of England*, Annual Volume, 1968, 1211.

12. Civil Evidence Act, 1968, Section 2.

13. ... ou même d'une autre personne agissant elle aussi dans l'exercice de ses fonctions pourvu qu'au bout de la chaîne se trouve quelqu'un ayant une connaissance personnelle des données (voir Section 4 du Civil Evidence Act 1968).

14. C'est-à-dire une personne occupant un poste de responsabilité en rapport soit avec le fonctionnement du procédé en cause, soit avec la direction des activités en cause.

15. KELMAN, A. et SIZER, R., *The Computer in Court*, Gower, Aldershot 1982, 21; TAPPER, C., o.c. (note 9), 604-612; SIZER, R., *Computer Generated Output as Admissible Evidence in Civil and Criminal Cases*, *A Report by the Professional Advising Committee of the British Computer Society*, 1982, 831.

16. Cf. *supra*, n° 3.

17. Voir *Uniform Business Records as Evidence Act* et *Uniform Rules of Evidence*, 9 A.U.L.A. (1965).

18. On entend par là toutes les données se rapportant à des entreprises, professions libérales, occupations ou institutions diverses avec ou sans but de lucre.

19. Voir, notamment, art. 63 (13) des Uniform Rules of Evidence.

20. *Transport Indemnity Co v. Seib*, 178, Neb. 253, 132 N.W. 2d 871, 11 ALR 3d, 1368 (1965), avec note de J. EVANS.

21. Voir notamment *King v. ex. rel. Murdock Acceptance Corp.* 222 So 2d 393 (1969); *Merrick v. U.S. Rubber Co*, 7 Ariz. App. 433, 440 P. 2d 314 (1968); *United States v. De Georgia*, 420 F. 2d 889 (1969).

22. Federal Rules of Evidence, Pub. L N° 93.595, 88 Stat. 1926 (1975) Rule 803 (6) et (7).

23. Voir *A Reconsideration of the Admissibility of Computer Generated Evidence*, *University of Pennsylvania Law Rev.*, Vol. 126, 1977, 432.

24. *Lucas v. William & Sons* (1842) 2 Q.B. 113, p. 116, C.A. per Lord Esher, M.R.

25. Voir dans ce sens en droit américain *King v. State ex. rel. Murdock Acceptance Corp.*, 222, So 2d, 393 (1969).

26. ROBERTS, J.J., o.c. (note 9) et *King v. ex. rel. Murdock Acceptance Corp.*, cité note 21.

27. Voir *Harned v. Credit Bureau*, 513 P. 2d 650 (Wyo 1973).

28. 'Le microfilm de sortie d'ordinateur ou microfilm COM (Computer Output Microfilm) traduit sous une forme visible et lisible les informations qui figuraient sur une bande magnétique d'ordinateur (CHAMOUX, F., *La preuve dans les affaires. De l'écrit au microfilm*, Litec, Paris 1980).

29. CHAMOUX, F., *La loi du 12 juillet 1980: Une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve*, J.C.P. 1980, II, 13491.

30. CHAMOUX, o.c. (note 29).

31. CHAMOUX, o.c. (note 29), n° 24.

32. Pour une description technique, voir BOUGON, M., *Naissance d'une méthode et d'une technique nouvelle en micrographie*, CIMAB-Encyclopédie, Septembre 1980.

32bis. Voir SYX, D., *Het bewijsrecht en de informatica. Een verkenning van een recente problematiek*, document remis pour le cycle de cours sur 'De computer en zijn toepassingsproblemen in het recht', Faculteit Rechtsgeleerdheid R.U.G., 26 février 1985.

33. Pour plus de détails, voir VAN WYMEERSCH, C., AUTENNE, J. et de LAME, J., *Le statut comptable et fiscal de l'informatique*, Actes du Cycle de cours et conférences sur les contrats informatiques, Namur 1984.

34. Voir la loi du 17 juillet 1975, notamment les art. 8 § 2 et 9 § 1 et l'Arrêté Royal du 12 septembre 1983, notamment l'art. 8.

35. LURKIN, P., *Le nouveau droit comptable belge*, F.E.B., Bruxelles 1979, 19.1.

36. Loi du 17 juillet 1975, art. 9 § 2, et A.R. du 12 septembre 1983, art. 9.

37. LURKIN, P., o.c., 22.

38. Gent, 3 juin 1980, J.C.B. 1982, 405. Sur la tenue de la comptabilité des avocats et autres professions libérales, voir Question Parlementaire n° 252 du 15 mars 1984, Q.R. Chambre, 17 avril 1984.

39. Pour plus de détails, voir VAN WYMEERSCH, C., AUTENNE, J. et de LAME, J., o.c., 9 et 10.

40. Question parlementaire n° 212 du 26 septembre 1980, Q.R. Chambre, 4 novembre 1980.

41. Sur les règles applicables aux comptabilités informatiques, le lecteur se référera pour de plus amples détails à l'excellent ouvrage de MMrs LINANT DE BELLEFONDS, X. et HOLLANDE, A., *Droit de l'informatique*, Ed. Delmas, Paris 1984, 182 et s. Cf. également, BENSOUSSAN, A., *Droit et comptabilité informatique, 01 Informatique*, n° 168, avril 1983, 102 et 103; n° 169, mai 1983, 110 et 111 et n° 170, juin-juillet 1981, 140 et 141.

42. Le texte de la recommandation applicable à la tenue des comptabilités sur ordinateurs édicté par le Conseil National de la Comptabilité (*Bull. C.N.*, n° 26, avril 1976, p. 9) est plus précis lorsqu'il édicte que

'l'exercice de tout contrôle doit comporter le droit d'accès à la documentation relative aux analyses, à la programmation et à l'exécution des traitements;'

'les procédures de traitement automatisé de comptabilité doivent être organisées de manière à permettre de contrôler si les exigences de sécurité et de fiabilité requises en la matière ont bien été respectées'.

(Cf. également, la recommandation du Conseil national des commissaires aux comptes du 7 juillet 1983, *Bull. C.N.*, n° 51, septembre 1983, reprise in LINANT DE BELLEFONDS, X. et HOLLANDE, A., o.c. (note 41), p. 250).

43. On peut espérer que les microfilms répondant à la norme AFNOR Z 43.601 (cf. sur cette norme, *supra*, n° 19) seront également admissibles.

44. LINANT DE BELLEFONDS, X. et HOLLANDE, A., o.c. (note 41), p. 183.

45. LINANT DE BELLEFONDS, X. et HOLLANDE, A., o.c. (note 41), p. 184.

46. Art. 97 de la loi n° 81-1160 du 30 novembre 1981 complétant l'article 54 du Code général des impôts et le décret n° 82-1148 du 29 décembre 1982 portant application de l'article 97-I de la loi de finances pour 1982, *J.O.*, 30 décembre 1982.

47. Pour des conseils sur les précautions à prendre par les dirigeants d'entreprises pour être en mesure de répondre à toutes les demandes de l'administration, voir LINANT DE BELLEFONDS, X. et HOLLANDE, A., o.c. (note 41), p. 204.

48. Circulaire n° 38 du 29 juillet 1969 du Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population. L'AFNOR a publié un fascicule sur les applications informatiques en matière de paie (norme Z. 67.800).

48bis. Pour plus de détails, voir HIDMA, T.R., *Computer output als bewijs in een civiele procedure*, in *Jurist en computer*, Kluwer, 1984, p. 247 à 259.

48ter. Résolution du 26 août 1981, n° 581-11707.

49. Voir à ce sujet POULLET, Y. et THUNIS, X., *Introduction aux aspects juridiques de la télématique*, in *La Télématique, Aspects techniques, juridiques et socio-politiques, Actes du Colloque de Namur*, Story Scientia, Gand 1984, t. I., n° 60 et s. La présente contribution reprend de larges passages du rapport cité.

50. Sur les méthodes d'identification du terminal, la distinction entre l'identification du terminal qui correspond à la rétribution du transporteur et l'identification du client d'un service, voire de la personne physique, lire CHAMOUX, J.P., DELAHAIE, H. et GRISSONANCHE, A., *Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques, Rapport de synthèse*, doc. dactylographié, septembre 1980.

51. CHAMOUX, F., *La force probante des supports modernes d'information*, *Inf. et Gestion* 1981, n° 126, 25 et 26.

51bis. Voir à ce sujet SYX, D., o.c. (note 32bis), p. 27-28.

52. Cf. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Thèse, Paris 1970.

53. AUBERT, J.L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Thèse, Paris 1970, 188.

54. Nonobstant la Recommandation n° R (81) 20 du 11 décembre 1981 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui demande aux gouvernements des Etats Membres dont la législation n'est pas la preuve par écrit d'examiner la possibilité de supprimer l'exigence. Sur cette exigence et la recommandation européenne, voir LINANT DE BELLEFONDS, X., *L'informatique et le droit*, P.U.F., 43.

55. Cass. comm. fr., 19 novembre 1973, *Bull. civ.* 1973, 333; GOUËAUX, G. et RIHL, D., v° Preuve, *Dalloz, Rép. dr. com.* 1979, n° 944.

56. Cet argument n'est pas décisif car comme le signale F. CHAMOUX (*La preuve dans les affaires LITEC*, 1979, 75) un code est un mode d'identification beaucoup plus sûr qu'une signature. On notera dans le même sens que toute une série de protocoles de conventions internationales (sur les chèques, billets à ordre, de change, documents commerciaux de transport) accepte comme mode d'authentification des moyens mécaniques ou électroniques (cf. *Aspects juridiques du traitement automatique des données*, Rapport du Secrétaire général, Commission des N.U. pour le Commerce International, A/CN.9/254 8 mai 1984, 3 n° 8).

57. Voir GHESTIN, J. et GOUËAUX, Y., *Traité de droit civil, 7 obligations*, Paris 1982.

58. Voir SYX, D., *Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds*, Kredietbank, Bruxelles 1982; du même auteur: *Le transfert électronique de fonds: un droit hésitant face à une galopante*, in *La Télématique, Aspects techniques, juridiques et socio-politiques, Actes du Colloque de Namur*, T.II, Story Scientia, Gand 1985, p. 219-253.

59. A ce propos notamment VAN RYN, J. et HEENEN, J., *Précis de droit commercial*, T.I, 2^e éd., 1975, 484, Comp. l'art. 10 C. Commerce français actualisé par la loi du 12 juillet 1975, l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent être prouvés par tous les moyens'.

60. MALENGREAUX, X., *Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents*, *Annales de droit de Louvain* 1982, 117 et les références citées à la note 25. Cf. dans la jurisprudence, récemment française, 7 janvier 1982, *Bull. Cass.* 1982, III, 4: 'A violé l'article 1317 du C. pr. civ. la cour d'appel qui a écarté des attestations écrites au motif que leurs auteurs n'avaient pas respecté les prescriptions de forme prévues par ce texte, alors que ces dispositions ne sont pas prescrites à peine de nullité'.

61. Selon CATALA, N., *La nature juridique du paiement*, L.C.P. Paris 1961. C'est en effet la loi qui, de plano, attache un caractère extinctif à cette situation de fait qui constitue la satisfaction du créancier.

62. SYX, D., o.c. (note 58) et LINANT DE BELLEFONDS, X. et HOLLANDE, A., o.c. (note 41), p. 122.

63. Dans ce sens, MALENGREAUX, X., o.c. (note 60), 116, voir également VAN RIJN, J. et HEENEN, J., *Traité de droit commercial*, 481; MALINVAUD, P., *L'impossibilité de la preuve écrite*, 1972, I, 2468. Dans la jurisprudence belge, Liège, 20 juin 1978, *Jur. Liège*, 21 octobre 1978.

64. CHAMOUX, F., o.c., *J.C.P.* 1981, II, 3008.

65. LINANT DE BELLEFONDS, X. et HOLLANDE, A., o.c. (note 41), 124, fournissent un tableau de la problématique simplifiée de l'admissibilité et de la valeur probante des documents informatiques.

66. *Perma Research and Development v. Singer Co.*, 452, 111, (2) 2d Circ. 1976 — Dissenting Opinion du Juge Van Gland.

67. Pour une analyse de ces modes techniques, on consultera GRISSONANCHE, A., *Data Protection and Data Security Techniques*, Document Dactylographié, ADI, GMD, NCC, 03.15.1983, 2. Voir également CHAMOUX, J.P., DELAHAIE, H. et GRISSONANCHE, A., *Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques*, rapport de synthèse, septembre 1980.

rité dans les réseaux informatiques, *Rapport de synthèse*, document dactylographié, septembre 1980, spéc. 111 et s.

68. Comp. les 'niveaux' de preuve envisagés par DELAHAIE, H. et GRISSONANCHE, A., *Les nouveaux moyens de paiements ont-ils besoin d'un cadre juridique spécifique?* *Les Cahiers de droit* 1982, vol. 24, 292-295.

69. Il faudrait que le moyen d'identification soit incorporé dans le moyen d'accès lui-même, une carte en l'occurrence. Sur ces méthodes et l'évolution du débat juridique qu'elles entraînent, voir DELAHAIE, H. et GRISSONANCHE, A., *Les nouveaux moyens de paiement ont-ils besoin d'un cadre juridique spécifique?* *Les cahiers de Droit* 1982, vol. 24, n° 2.

70. *Aspects juridiques du traitement automatique des données*, Doc. de la Commission des N.U. pour le droit commercial international, A/CN.9/238, 18 mars 1983.

71. Voir CHAMOUX, J.P., DELAHAIE, H. et GRISSONANCHE, A., o.c., (note 67), 36.

72. Cf. CHAMOUX, J.P., o.c., 114.

73. 'Every Contract shall be capable of being evidenced in writing by the supplier'.

74. Il s'agit de commande de biens et services auprès de sociétés de vente par 'correspondance'.

75. L'EFT ACT Américain contient d'autres prescrits intéressants, tels l'obligation faite à la banque d'envoyer fréquemment des relevés d'opération qui permettront au client de suivre l'évolution de son compte.

76. Comp. la position du Conseil économique et social français (*La monnaie électronique, Avis et Rapport du Conseil économique et*

social, 1982 n° 12, J.O., Paris 1982, publié à la documentation française) qui estime d'une part que l'initiateur d'une technique a, par le choix qu'il exerce, la maîtrise et la responsabilité du seuil de fiabilité d'un système et que d'autre part le préjudice subi à l'occasion d'un incident par le banquier est relatif tandis que celui subi par le client prend un caractère exceptionnel et qu'enfin la disproportion des moyens dont dispose le client pour engager et nourrir un contentieux place déjà ce dernier en situation d'infériorité de fait'.

77. SYX, D., o.c. (note 58), p. 236.

78. Le Conseil économique et social dans l'avis précité (note 76) semble le penser: 'Le système "carte à mémoire" apporte un élément de réponse au risque d'imputation par erreur du compte du client ainsi qu'à celui de mauvaise foi de l'utilisateur ... En cas de difficulté, la confrontation des enregistrements peut constituer un élément de preuve pour les tribunaux et en tous cas un facteur dissuasif pour les fraudeurs (*La monnaie électronique*, o.c., p. 578).

79. DELAHAIE, H. et GRISSONANCHE, A., o.c. (note 68), 294.

80. DAVIS, R., *Les grands systèmes de droit comparé*, 4° éd., 1971, § 316.

81. KIRBY, D., *Aspects juridiques de la technologie de l'information*, in *Une analyse préliminaire des problèmes juridiques dans l'informatique et les communications*, O.C.D.E., Doc. PIIC, n° 8, Paris 1983, 53.

82. CNUOCI, *Aspects juridiques du traitement automatique des données*, Doc. A/CN.9/238, p. 2, n° 5.

83. CNUOCI, *Rapport du secrétaire général, Aspects juridiques du traitement automatique des données*, Doc A/CN.9/254, p. 2, n° 5.